

Les Cahiers de droit

Le rôle de l'État et les modifications apportées aux principes généraux du droit

Serge Gaudet



Volume 34, numéro 3, 1993

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043236ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043236ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Résumé de l'article

Reprenant une distinction élaborée par le professeur Bruno Leoni entre le « droit des juristes » et la « législation », l'auteur tente de démontrer que l'utilisation par les sociétés occidentales de cette dernière comme mécanisme privilégié d'adaptation du droit aux nouvelles réalités nous enferme dans un cercle vicieux qui entraîne des effets néfastes, tels que l'instabilité chronique du droit et son inaccessibilité.

Citer cet article

Gaudet, S. (1993). Le rôle de l'État et les modifications apportées aux principes généraux du droit. *Les Cahiers de droit*, 34(3), 817–826.
<https://doi.org/10.7202/043236ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1993

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

Le rôle de l'État et les modifications apportées aux principes généraux du droit*

Serge GAUDET**

Reprenant une distinction élaborée par le professeur Bruno Leoni entre le « droit des juristes » et la « législation », l'auteur tente de démontrer que l'utilisation par les sociétés occidentales de cette dernière comme mécanisme privilégié d'adaptation du droit aux nouvelles réalités nous enferme dans un cercle vicieux qui entraîne des effets néfastes, tels que l'instabilité chronique du droit et son inaccessibilité.

In recapturing a distinction brought forth by Professor Bruno Leoni between « lawyers' law » and « legislation », the author attempts to show that by using the latter as the most favoured adaptation mechanism of law, western societies are entangled in a vicious circle leading to inauspicious results, such as chronic legal unrest and inaccessibility of legal norms.

	<i>Pages</i>
1. Adapter plutôt qu'adopter : pourquoi ?	818
1.1 L'information limitée du législateur et le cercle vicieux de la législation ..	819
1.2 La stabilité, la cohérence et l'accessibilité du droit	823
2. Adapter plutôt qu'adopter : comment ?	825
Conclusion	826

* Le présent texte n'est qu'une version, légèrement remaniée aux fins de publication, d'une conférence donnée en mars 1992 dans le cadre du colloque annuel de l'Association québécoise de droit comparé, qui portait sur le droit de l'environnement et les divers régimes de responsabilité.

** Avocat, associé du cabinet McCarthy Tétrault, Montréal.

Dans le présent texte, j'ai choisi de traiter du sujet suivant : l'attitude que devrait adopter le législateur lorsqu'il songe, *proprio motu* ou à la demande d'un groupe de pression, à apporter des modifications aux principes ou aux régimes du droit commun.

À première vue, ce sujet n'a guère à voir avec le droit de l'environnement. Toutefois, à la réflexion, il m'apparaît pertinent. En effet, les commentaires qui suivent veulent souligner comment l'attitude qui consiste, devant un problème d'adaptation des règles du droit commun à une réalité nouvelle, à adopter, plus ou moins systématiquement, de nouvelles règles plutôt que de laisser le temps aux tribunaux et aux autres institutions judiciaires d'adapter les règles anciennes peut finir par avoir des répercussions néfastes sur la stabilité du droit et, par voie de conséquence, sur son utilité en tant qu'institution sociale. Or, il me semble incontestable qu'en ce moment l'environnement est l'un des domaines où l'on insiste beaucoup sur les lacunes du droit commun traditionnel et où on réclame, pour faire face à l'« urgence de la situation », l'adoption de nouvelles mesures, et ce, le plus rapidement possible. Ainsi, dans le contexte actuel, le droit de l'environnement est l'un des domaines du droit où on voit le plus à l'œuvre cette « impatience législative » qui fera l'objet de mon propos.

Ce sujet déborde largement, de par sa généralité, du strict droit de l'environnement, mais j'ai fait le pari que les commentaires qui suivent pourront néanmoins être utiles aux spécialistes du domaine environnemental. Du même souffle, je m'empresse d'ajouter qu'il ne faut surtout pas les prendre pour davantage qu'ils ne sont, soit l'amorce d'une réflexion sur un sujet peu exploré.

1. Adapter plutôt qu'adopter : pourquoi ?

Les sciences et la technique n'ont probablement jamais fait autant de progrès ni entraîné autant de changements dans la vie quotidienne des habitants de cette planète qu'au cours du dernier siècle, voire des dernières décennies : pensons seulement aux transformations que l'automobile, la chaîne de montage, la télévision, l'ordinateur et... les anovulants ont pu apporter à notre mode de vie par rapport à celui de nos grands-parents. Lorsqu'on la compare à ce tourbillon de changements technologiques et sociologiques, il semble bien que l'évolution du droit ne se fasse qu'à pas de tortue : en 1993, notre droit commun se retrouve encore (quoique pas pour longtemps) dans un code civil qui date d'une époque où le cheval régnait en roi et maître ! De là à conclure que les mécanismes traditionnels d'adaptation et d'évolution du droit sont complètement dépassés par la transformation en accéléré du monde qui nous entoure et qu'ils ne peuvent donc suffire à réaliser la nécessaire adéquation entre le droit et les nouvelles

réalités, il n'y a qu'un pas que nous n'avons nullement hésité, comme société, à franchir. Le slogan du xx^e siècle, d'un point de vue juridique, pourrait facilement être : « Il faut adopter plutôt qu'adapter. » Cette attitude n'est certainement pas étrangère à l'explosion législative et réglementaire qui caractérise notre époque.

Il est indéniable qu'en grande partie ces innombrables ajouts législatifs et réglementaires étaient (et sont toujours) nécessaires et utiles. Ne serait-ce que pour permettre à l'État-providence de jouer efficacement son rôle, il fallait mettre en place de nombreuses normes, structures et organisations qui ont été à l'origine de l'essor incomparable du droit administratif, mais il convient de se demander si cette hyperactivité législative n'a pas entraîné certains réflexes dont nous pourrions nous passer, notamment une certaine paresse intellectuelle des juristes qui, le cercle étant vicieux, contribue elle-même à la sclérose du droit qu'elle dénonce.

Le principal symptôme de cette attitude me semble résider dans la requête, faite de plus en plus fréquemment — et souvent par les juristes eux-mêmes — de « nouveaux cadres législatifs », dont l'adoption, par le législateur, serait, à ce que l'on en dit, un *sine qua non* pour régir les nouvelles réalités que sont, par exemple, l'informatique, la monétique, la bioéthique ou... l'environnement. Dans tous ces cas, on semble être beaucoup plus prompt à réclamer l'adoption de nouvelles règles qu'à voir si, par un certain effort d'imagination créatrice, on ne pourrait pas s'éviter un « nouveau cadre législatif » tout simplement en adaptant ou en réinterprétant les principes actuels. Notre siècle n'aurait-il pas complètement abandonné l'idée d'un véritable « droit commun » ?

C'est pourquoi il n'est pas inutile de rappeler pourquoi le législateur devrait être prudent, modeste et surtout patient plutôt que zélé et empressé lorsqu'il est question de modifier les principes du droit commun. Les idées qui suivent, pour avoir toutes été déjà exprimées, n'en semblent pas moins avoir été largement oubliées en cette époque de boulimie législative. J'en ai retenu quelques-unes, très simples au fond, que je développerai brièvement en les regroupant autour de deux idées-maîtresses.

1.1 L'information limitée du législateur et le cercle vicieux de la législation

Dans son ouvrage *Freedom and the Law*¹, Bruno Leoni, professeur à l'Université de Pavie, en Italie, établit une distinction très nette entre le « droit des juristes » (*lawyers' law*) et la « législation ». Comme ces expressions peuvent facilement prêter à confusion en heurtant notamment la

1. B. LEONI, *Freedom and the Law*, Princeton, D. Van Nostrand, 1961.

susceptibilité des civilistes québécois (toujours prompts à défendre l'intégrité et la valeur de la méthode civiliste), il importe de définir immédiatement le sens des expressions « droit des juristes » et « législation » avant d'aller plus loin. Ce faisant, il devrait être clair que, dans la logique du système du professeur Leoni, le droit civil moderne, tel qu'on le retrouve dans les codes civils français, du Bas-Canada ou du Québec, est tout autant du droit des juristes que l'est la common law.

Pour le professeur Leoni, le droit des juristes, qui seul mérite véritablement le nom de « droit », est l'ensemble des règles qui ont été spontanément adoptées dans les relations interpersonnelles des individus d'une société donnée et qui ont été graduellement reconnues comme obligatoires par les juges et par les juristes de cette société. Autrement dit, le droit, selon Leoni, est essentiellement « coutumier » en ce sens qu'il est le fruit direct de la coutume, c'est-à-dire de la sagesse populaire accumulée au fil des siècles, organisée par la science des juristes et, enfin, sanctionnée par les institutions chargées de régler les conflits (généralement les tribunaux).

J'écris « fruit de la coutume » et non « la coutume » parce que la forme de la règle importe peu : on peut avoir du droit des juristes non écrit (par exemple, le droit romain d'avant la compilation de Justinien, la common law, la coutume) ou du droit des juristes écrit (par exemple, la compilation de Justinien, les codes civils modernes). Ainsi, les principes généraux du droit civil, même s'ils sont aujourd'hui codifiés (et donc techniquement adoptés par voie législative) se qualifient néanmoins comme droit des juristes, car ils ne sont que l'expression écrite d'un droit des juristes antérieur. La codification du droit civil moderne n'est après tout que l'aboutissement historique (et non nécessaire) d'une tradition juridique dont les origines remontent au droit romain (droit essentiellement coutumier, lequel fut *compilé* (et non *adopté*) par les juristes travaillant pour Justinien), mais qui est surtout le résultat de siècles de raffinements doctrinaux, fruit du travail des universitaires européens². La compilation ou la codification d'un droit des juristes ne transforme donc pas ce droit en législation, puisque, malgré la forme législative, le fond demeure du droit des juristes³.

2. Voir A. WATSON, *The Making of the Civil Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.

3. Si j'insiste tant sur ce point, c'est que certains, probablement parce que je n'avais pas fait aussi clairement cette mise au point lorsque j'ai prononcé ma conférence, m'ont fait le reproche de faire l'apologie de la common law au détriment de l'approche civiliste. Je ne fais donc que tenter de démontrer que, telle que je la comprends, la distinction du professeur Leoni s'applique autant aux systèmes civilistes qu'à ceux de common law. Ne pas l'admettre revient, selon moi, à nier toute distinction de fond entre les règles contenues dans le Code civil et celles que l'on trouve dans les *Lois refondues du Québec*, au motif, purement formel, que les unes et les autres sont édictées sous forme de « lois ».

L'important, ce n'est pas la forme que revêt la règle mais plutôt son mode de formation : le droit des juristes n'est pas le fruit d'un organisme centralisé de planification juridique, il s'agit plutôt de règles qui sont « spontanées » en ce sens qu'elles ont été élaborées par un très grand nombre de personnes (processus décentralisé) et raffinées sur une période relativement longue (processus graduel et évolutif). Ces caractéristiques s'appliquent, bien sûr, autant à la jurisprudence de common law qu'à la doctrine du droit civil. Au contraire, est qualifiée de législation toute norme juridique qui n'est pas issue de ce processus décentralisé et graduel. La législation résulte plutôt du décret obligatoire d'un organisme central de planification du droit, adopté à un moment précis dans le temps.

Pour le professeur Leoni (on reconnaît la nette influence hayekienne⁴), la supériorité du droit des juristes sur la législation est essentiellement liée à la quantité d'information qui entre dans le processus de formation de la norme. Une règle d'origine coutumière est nécessairement (ou du moins a beaucoup plus de chances d'être) mieux adaptée aux besoins de la société qui l'a adoptée puisqu'elle résulte de milliers de décisions individuelles de la part de plusieurs personnes qui font partie de cette société (processus décentralisé) et que le processus d'élaboration se poursuit indéfiniment et continuellement (processus graduel et évolutif).

À tout moment, la règle coutumière « internalise » ainsi une quantité phénoménale d'information et c'est ce qui la rend, en principe, mieux adaptée à la situation que la norme qui résulte de la « législation ». Car le législateur, fût-il le meilleur, ne possède toujours qu'une information très limitée, à la fois dans le temps (car l'adoption de la règle législative n'est ni graduelle ni évolutive) et dans l'espace (la décision étant centralisée entre les mains de quelques-uns qui ne jouissent pas de l'expérience des autres).

Le professeur Leoni mentionne que cette analyse n'est pas nouvelle et que ces principes étaient déjà bien connus des anciens. Il cite à ce propos un discours (rapporté par Cicéron dans *De Republica*) de Caton l'Ancien où ce dernier, après avoir rappelé que les constitutions des cités grecques étaient le fruit des réflexions de certains grands législateurs, explique les avantages du système romain lequel procède plutôt par un processus décentralisé et graduel :

Our state, on the contrary, is not due to the personal creation of one man, but of very many ; it has not been founded during the lifetime of any particular individual, but through a series of centuries and generations. For he said that that there never

4. Notons que les professeurs Friedrich A. Hayek, Milton Friedman et Ronald Coase (l'auteur du célèbre théorème qui porte son nom) ont tous participé au *Claremont Lectures on Freedom and Competitive Enterprise* directement à l'origine de l'ouvrage du professeur Leoni.

was in the world a man so clever as to foresee everything and that even if we could concentrate all brains in the head of one, it would be impossible for him to provide for everything at one time without having the experience that comes from practice through a long period of history⁵.

Ainsi, la supériorité du droit des juristes sur la législation provient de son processus d'élaboration décentralisé et graduel qui lui assure, selon Leoni, une meilleure adéquation aux besoins de la société à tout moment *pourvu, évidemment, qu'on lui laisse le temps de s'adapter*. Cela revient à dire que les règles du droit commun, telles que peuvent les réaménager (ou les réinterpréter) au gré des circonstances, jurisprudence et doctrine, devraient, *si on leur en laisse le temps*, toujours finir par coller à la réalité et aux besoins d'une époque et d'une société donnée tout en conservant le bénéfice de la sagesse passée.

L'énoncé *si on leur en laisse le temps* est mis en évidence, car, bien sûr, ce processus décentralisé et graduel prend plus de temps que l'adoption simple (et brutale) d'une nouvelle loi. Or, c'est la lenteur de ce processus qui serait justement un défaut « dirimant » pour notre époque, car personne ne semble avoir de nos jours la patience voulue pour attendre que les adaptations se fassent de façon graduelle et spontanée.

Mais il faut bien comprendre que notre impatience a un prix, et que celui-ci est somme toute élevé : puisqu'on juge ne pouvoir attendre l'adaptation décentralisée et graduelle du droit des juristes, on se condamne nécessairement à agir par l'intermédiaire de la législation, donc par un organisme central de planification, et ainsi se prive-t-on non seulement de la sagesse de centaines de personnes qui auraient autrement participé à l'élaboration de l'adaptation (juges, professeurs, avocats et notaires, et autres citoyens), mais également de la sagesse accumulée par les générations passées.

De plus, et surtout, nous nous retrouvons alors, la plupart du temps, absorbés dans une spirale législative, car, et l'expérience de ce siècle semble le confirmer, *la législation appelle la législation*. En effet, toute loi, en raison de l'information limitée dont dispose le législateur au moment de son adoption, nécessite des modifications. Or, si on ne pouvait se permettre d'attendre que le processus décentralisé et graduel du droit des juristes fasse son œuvre pour adapter le droit traditionnel, on ne pourra pas davantage attendre pour les modifications à la loi elle-même : il faudra donc adapter la loi par une autre loi, et ainsi de suite. En outre, ce cercle vicieux de la législation ne s'arrêtera pas là : en adaptant le droit par l'intermédiaire de la législation, on contribue, du même coup, à habituer les juristes (juges, sans un minimum de stabilité du droit, il n'y a aucune sécurité juridique et,

5. B. LEONI, *op. cit.*, note 1, p. 89.

professeurs et praticiens) à une certaine paresse intellectuelle. Plutôt que de faire l'effort de voir comment les règles traditionnelles pourraient être adaptées aux nouvelles circonstances, ceux-ci attendent (et réclament) de plus en plus souvent un « nouveau cadre législatif » de la part du législateur. Cette attitude a, par voie de conséquence, des répercussions importantes puisque le droit des juristes perd ainsi son dynamisme naturel et que se développe une nette tendance à l'ossification du droit commun, ce qui rend d'autant plus impérieux le besoin d'apporter sans cesse de nouvelles adaptations législatives. C'est ainsi que la législation entraîne la législation, et que ce processus se renforce au fur et à mesure qu'il porte atteinte au dynamisme des mécanismes naturels d'adaptation du droit des juristes. Tel est le cercle vicieux de la législation.

1.2 La stabilité, la cohérence et l'accessibilité du droit

La législation entraîne la législation, ce qui amène l'instabilité du droit, et qui provoque à son tour l'insécurité juridique, l'incohérence et l'inaccessibilité du droit.

Pour les raisons énoncées plus haut, le droit législatif est très instable. Les lois (sans parler des règlements), toujours de plus en plus nombreuses, changent constamment et sans avertissement aucun. Bien pire, le législateur moderne ne se gêne aucunement pour adopter bon nombre de lois carrément rétroactives ou qui ont une application générale et immédiate alors qu'il aurait été équitable d'exempter de l'application de la loi nouvelle certaines situations existantes, notamment en matière contractuelle⁶. (Paradoxalement, le législateur moderne agit ainsi bien souvent afin d'éviter une surcomplexification du droit substantif : en effet, l'application des principes normaux du droit transitoire entraîne un morcellement supplémentaire du droit substantif dès lors qu'il y a survie de la loi ancienne pour certaines situations données; aussi l'application rétroactive ou immédiate et générale de la loi nouvelle contribue-t-elle à diminuer l'augmentation de complexité que l'adoption de la règle nouvelle amène nécessairement.) Or, comme l'a déjà fait remarquer le doyen Carbonnier, la sécurité juridique est « le besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire animal⁷ ». J'ajouterais

6. Que l'on songe seulement que la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, qui, adoptant, du moins dans ses principes généraux (art. 1-10), les grandes lignes du système de droit transitoire proposé par le doyen Roubier, s'en éloigne très considérablement (et significativement) en ce qui a trait à l'effet des contrats en cours. Comparer les articles 4, 5, 82 et 83 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* avec les commentaires de Roubier sur le principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle (P. ROUBIER, *Le droit transitoire — Conflits des lois dans le temps*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1960, p. 360 et suiv.).

7. J. CARBONNIER, *Flexible droit — Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988, p. 174.

que l'idée même de la *rule of law*, consubstantielle à la civilisation occidentale, exige un minimum de prévisibilité du droit, donc de stabilité juridique. Un *government of laws* dont les lois changent constamment, n'est guère mieux, du point de vue du citoyen, qu'un *government of men*.

À l'insécurité qui provient du fait que les lois et les règlements sont adoptés et modifiés à un rythme effréné et effrayant, il faut ajouter l'insécurité qui découle de l'incohérence même des règles. Plus les normes sont nombreuses, plus les risques d'incohérence, voire de contradiction augmentent⁸. Comme le fait remarquer Carbonnier : « les règles ne viennent pas se ranger sagement les unes à côté des autres, chacune avec sa fonction propre ; elles se recoupent, et il faut les concilier ou les combiner, si bien que chaque cas demande une recherche préalable du droit qui a vocation à le régir⁹ ». Ainsi, non seulement le droit change-t-il toujours, mais même considéré d'un point de vue statique, il est de plus en plus difficile, même pour le spécialiste chevronné, de dire l'état du droit sur un sujet donné. Non seulement le citoyen ne peut-il plus se fier sur le maintien des règles, il ne peut même plus savoir ce que celles qui sont conservées signifient !

Cette instabilité entraîne donc une grande insécurité juridique à laquelle s'ajoute l'inaccessibilité du droit, et celle-ci est d'autant plus frus-

8. À cause du caractère systémique de l'ordre juridique, il est très difficile d'adopter de nouvelles règles ou de modifier celles qui existent sans provoquer des résultats incongrus. Prenons un exemple récent. Dans le cadre de la réforme du Code civil, le législateur a décidé de renverser la règle jurisprudentielle permettant l'option entre les régimes de responsabilité (art. 1458 C.c.Q.). Toutefois, en même temps, il a innové en prévoyant un nouveau régime de responsabilité délictuelle du fabricant en cas de défaut de sécurité d'un bien mis sur le marché (art. 1468 C.c.Q.). Ce régime de responsabilité du fabricant est inspiré du droit communautaire européen, lequel s'applique à tout préjudice corporel qu'il y ait contrat ou non. Dans le projet de loi 125, le législateur avait donc prévu la double règle suivante : 1) aucune option; et 2) en cas de préjudice corporel, application du seul régime délictuel. De cette façon, on s'assurait que, malgré l'interdiction de l'option, tous pourraient bénéficier du nouveau régime concernant la responsabilité du fabricant. Tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes ? Non, car on fit alors remarquer que l'on venait d'éliminer la notion d'obligation de résultat en matière de préjudice corporel, ce qui pouvait nuire à certaines victimes (par exemple dans un contrat de transport). Pour éviter ce résultat non souhaité, le législateur retira donc la seconde règle pour ne conserver que l'interdiction de l'option. Nouveau problème : le cocontractant devenait ainsi moins bien protégé que le tiers puisqu'il ne pouvait pas bénéficier du nouveau régime délictuel à l'encontre du fabricant-vendeur. Encore une fois, ce résultat n'était pas voulu : on modifia donc à la dernière minute le régime des garanties en matière de vente. Mais ces règles s'appliqueront-elles si d'autres types de contrats sont en cause (par exemple, un contrat de louage) ? Résultat net de l'opération : de bonnes intentions, mais les relations entre le régime contractuel et délictuel en matière de défaut de sécurité n'auront jamais été aussi complexes que sous l'égide du nouveau Code civil !

9. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, p. 170.

tante qu'elle est relativement récente. Jusqu'au milieu du xx^e siècle, le droit était non seulement stable, mais relativement facile à comprendre par les citoyens puisque ses règles étaient principalement fondées sur la sagesse populaire accumulée au fil des siècles. Nul ne s'étonne d'être responsable envers autrui de sa conduite fautive ou de devoir limiter l'usage de sa propriété afin de ne pas nuire indûment à autrui. C'est ainsi depuis toujours et cela se comprend aisément. Mais l'hyperactivité législative de notre époque en sapant la stabilité juridique a complètement anéanti cette connaissance intuitive des règles de droit. Pour être encore applicable aujourd'hui, la maxime « nul n'est censé ignorer la loi » fait maintenant sourire tant elle apparaît en marge de la réalité. Pas étonnant que, dans ce contexte, Carbonnier ait cru bon de discourir sur la « part du droit dans l'angoisse contemporaine ». En se complexifiant davantage par son recours constant à la législation, le droit finit ainsi par se couper totalement de sa base, et les citoyens, dont il doit après tout régir les relations interpersonnelles, en viennent à adopter une attitude cynique (et méritée) à son endroit.

2. Adapter plutôt qu'adopter : comment ?

Information limitée, besoin de stabilité et de cohérence, complexité des modifications apportées aux régimes de droit commun, autant de bonnes raisons pour inciter le législateur à la prudence et à la modestie avant d'accepter de modifier les règles traditionnelles du droit commun par de la législation.

Les raisons ne manquent pas, mais il semble qu'on les oublie très facilement à notre époque. Comment alors inciter le législateur à la prudence et à la modestie ?

La Cité d'Athènes avait une méthode originale : certaines personnes, les nomothètes, étaient chargées de défendre le droit en vigueur dès qu'un citoyen voulait en obtenir la modification par l'assemblée; en plus, et surtout, celui qui avait proposé le changement pouvait être condamné à une amende, à l'emprisonnement ou même à la peine de mort si le changement adopté était, en fin de compte, néfaste ou s'il contredisait d'autres lois ! Plus près de nous (et moins draconien dans ses effets), l'ancien article 10 de la *Loi d'interprétation* de 1868 prévoyait que toute loi qui dérogeait au Code civil devait, pour être valide, être précédée de l'équivalent d'une clause « nonobstant »¹⁰.

10. *Acte concernant l'interprétation des Statuts de cette Province*, S.Q. 1868, c. 7, art. 10 : « Le code civil du Bas-Canada et le code de procédure civile du Bas-Canada, tels qu'imprimés avant l'Union par l'imprimeur de la reine de la ci-devant province du Canada, ont été, et sont en force de loi dans cette province ; et nul acte ou nulle disposition de la législature en aucune manière aura force à l'encontre de quelqu'article de l'un ou de

Sans aller aussi loin que les anciens Athéniens (resterait-il des ministres ?), on pourrait au moins s'inspirer de l'institution des nomothètes et du respect qu'avaient nos ancêtres pour le droit commun : le législateur devrait toujours et honnêtement se poser les trois questions suivantes avant d'adopter une modification aux règles du droit commun :

- 1) En quoi les règles traditionnelles sont-elles inadéquates ?
- 2) Si elles sont vraiment inadéquates, les règles traditionnelles sont-elles sur la voie d'être réaménagées par les tribunaux ou la doctrine ou pourraient-elles l'être dans un avenir relativement proche ?
- 3) Si des modifications sont vraiment nécessaires immédiatement, quelles sont les modifications minimales que l'on pourrait apporter aux règles traditionnelles pour atteindre les objectifs visés ?

Conclusion

Notre époque semble avoir oublié les bonnes raisons qu'il y a à respecter le droit commun en tant qu'institution. Mais ces raisons existent toujours. À cet égard, il m'apparaît significatif que le doyen Guido Calabresi ait cherché à régler le problème de l'accumulation des lois obsolètes (le législateur moderne adopte beaucoup, mais il abroge peu) en proposant d'assujettir la législation au processus décentralisé et graduel du droit des juristes (Calabresi estime que les tribunaux devraient avoir le pouvoir de déclarer inapplicable une ancienne loi, toujours en vigueur, mais dépassée¹¹). Les mécanismes naturels d'évolution du droit commun pourront ainsi peut-être un jour reprendre le dessus sur la législation.

Mais avant d'être obligé d'agir ainsi de façon curative, il faudrait peut-être aussi essayer de prévenir. En définitive, le rôle de l'État est, à mon avis, fort simple : il doit savoir résister à l'impatience législative en forçant notamment les groupes de pression et les juristes (praticiens, professeurs et juges) à épuiser toutes les virtualités des régimes traditionnels avant de demander de nouveaux cadres législatifs. Une telle attitude ne réglera évidemment pas tous les problèmes, mais elle contribuera peut-être à rétablir quelque peu la stabilité de notre droit et à ainsi restaurer l'idée d'un véritable droit commun.

l'autre des dits codes, à moins que tel article n'ait été spécialement désigné dans tel acte [l'italique est de nous]. » Voir, à propos de cette disposition, l'affaire *Société Asbestos Ltée c. Société nationale de l'amiante*, [1980] C.S. 331.

11. G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.